# RETRACTVM LEGALEM
IN
# LOCATIONE LOCVM
NON HABERE

PRAESIDE

ANDREA FLORENTE RIVINO D

POTENTISSIMO POLONIARVM REGI ET PRIN
CIPI ELECTORI SAXONI A CONSILIIS AVLAE
INSTITVTIONVM PROFESSORE PVBLICO CVRIAE
PROVINCIALIS ET SCABINATVS ASSESSORE ITEMQVE
ORDINIS IVRIDICI VITEMBERGENSIS
H. T. DECANO

PRO GRADV DOCTORIS

CAPESSENDO

D. APRIL. CIↃ IↃ CC XLIV

PVBLICE DISSERET

AVCTOR

MAGNVS GOTHOFREDVS LICHTWER

WVRCENENSIS

---

VITEMBERGAE
PRELO EPHRAIM GOTTLOB EICHSFELDI
ACADEMIAE A TYPIS

Digitized by Google

# CONSPECTVS

*I.* *Dominus interdum res ſuas iure non alienat. Verus ſenſus l. vn. C. Non licere habit. traditur.*

*II. Origo retractus conuentionalis, teſtamentarii,*

*III. Et legalis. Noua ratione illuſtrata l. 14. C. de contrab. emt.*

*IV. L. 14. C. de contrab. emt. moribus antiquata. Retractus et προτιμήσεως iuris diſcrimen.*

*V. Vis atque natura iuris προτιμήσεως et retractus conuentionalis et teſtamentarii.*

*VI. Retractus legalis vbi locum habeat? An in locatione?*

*VII. Rationes ſententiae negantis I. quia locatio non eſt alienatio. II. quia retractus eſt ius ſingulare.*

*VIII. III. Quia in locatione perſonarum ratio habetur.*

*IX. Diſſentientium argumenta recenſentur,*

*X. Diſcutiuntur: praeſertim eorum, qui locationem alienationem eſſe autumant.*

*XI. Leges obſtantes explanantur.*

*XII. Retractum locum non habere in locatione ad longum tempus, vel in perpetuum, probatur. Baldi et Coraſii obiectiones referuntur.*

*XIII. Confutantur. Differt haec locatio ab emphyteuſi.*

*XIV. Bona locata retractui non ſubſunt. Coniectura de conſtitutione Friderici I.*

*XV. Nemo eorum, qui retractum in venditione habent, in locatione eundem exercere poteſt. Non domini emphyteuſeos.*

*XVI. Nec domini directi, niſi ſit locatio fraudulenta.*



Digitized by Google

*XVII. Nec proprietatis domini. Exceptio in lege antiqua Germanorum occurrit.*

*XVIII. Nec domini iuriſdictionales. Exceptio eſt in operis ruſticorum conducendis.*

*XIX. Nec agnati et ſimultanee inueſtiti. Exceptio eſt, ſi locans ſimul feudum oppignorat.*

*XX. Nec propinqui.*

*XXI. Berlichius confutatur. Differentia inter venditionem cum pacto retrouenditionis ad tempus, et locationem ſtabilitur.*

*XXII. Nec Socii. Dubia remouentur.*

*XXIII. Ex argumento aduerſariorum de dominio Socii, noſtra ſententia firmatur.*

*XXIV. Reſpondetur Strykii obiectionibus. Leges obſtantes diluuntur.*

*XXV. Paullo lux data in l. 2. ſſ. 5. D. de aq. et aq. pluu. arc.*

*XXVI. Occurritur reliquis Strykii argumentis.*

*XXVII. Nec ob iuris duplicationem Socius ius προτιμήσεως poterit exercere in locatione. Veteri conductori extraneo contra Socium non ſemper prodeſt ius προτιμήσεως ex pacto.*

*XXVIII. Nec vicini iure congrui in locatione vtuntur. Contraria eſt praxis, ſed ob metum incendii.*

*XXIX. Nec conductores. Exceptio iuris Romani in conductoribus praediorum publicorum. Ratio huius priuilegii. An apud nos valeat?*

*XXX. Nec debitores, ſi poſt immiſſionem a creditoribus bona locantur.*

RETRA

Digitized by Google

# RETRACTVM LEGALEM IN LOCATIONE NON HABERE LOCVM

I

Libertatis naturalis prima lex eſt, vt cuique de re ſua, quid velit, faciendi, omittendiue plena ac liberrima ſit poteſtas. Haec autem apud Romanos maxime cernitur in iure res ſuas alienandi, ac bonorum ſuorum proprietatem in quoſcunque libitum eſt, tranſferendi. Quiritibus certe hac in re fere omnia licuiſſe, niſi, vel lex, vel conuentio, vel voluntas teſtatoris obſtiterit, (a) nemo ibit inficias. Nonnunquam tamen dominos res ſuas iure non alienaſſe, quod inter θέματα παράδοξα refert THEOPHILVS (b), exempla docent

 pupil-

(a) *l. vlt. C. de reb. alien. non alien. l. 21. C. mandat.* (b) *ad tit. I. quib. alien. licet vel non licet.*

Digitized by Google

pupillorum, maritorum reſpectu dotis, debitorum, qui creditoribus ſtruunt fallacias, et vt alios iam taceam, habitatorum metrocomiae, qui tantum ad alios habitatores eidem adſcriptos metrocomiae non ad extraneos tranſferre loca ſua poterant (c). Quocirca haut alienum erit, monere, fruſtra hic a nonnullis ius quoddam προτιμήσεως et retractus quaeri. Nam dicta lex vnica non praeferri vult habitatores metrocomiae extraneis, ſed extraneos ab emtione omnino arceri, et factam in eos translationem, ipſo iure nullam eſſe iubet. Porro teſtamento ac pacto, ne dominus rem ſuam alienet, effici poſſe, *ex l. ult. C. de reb. alien. non alien. et l. 7. §. ult. D. diſtr. pign.* ſatis conſtat. Quamuis enim POMPONIVS *lib. IX. ad Sabinum* in *l. 61. D. de pact.* ſtatuat, neminem paciſcendo efficere poſſe, ne vicino inuito praedium alienet, haec tamen lex, vel cum ANTONIO FABRO (d) de eo caſu, ſi paciſcentis non intersit (e), vel cum IOANNE NICOLAO HERTIO (f) de nudo pacto accipi debet (g).

## II

Quanquam autem iure communi nemo poſſit adigi, vt cum eo potius, quam cum alio paciſcatur, aut contrahat (h), infringit tamen hanc libertatem ius προτιμήσεως, certos homines in contrahendo anteponens reliquis, quod illo conſilio receptum eſt, ne bona extra familiam egrediantur,

(c) *l. vn. C. Non licere habit.* (d) *in Ration. ad dict. l.* (e) *a. l. 15. D. de Seruit. et l. 38. ſſ. 17. D. de V. O.* (f) *in diſſert. de pacto, ne dominus rem ſuam alienet, §. 2.* (g) *a. l. 11. D. de relig. et Sumt. fun.* (h) *arg. l. 30. in fin. C. de pact. l. 25. §. 1. D. Solut. matr.*

Digitized by Google

tur,[i] aut, vt ad eum veniant, quem aequius eſt illa poſſidere, quam extraneum[k]. Praeſertim enim Romanis curae cordique erat, vt auitae ac paternae domus tanquam

decora alta parentum

penes familiam manerent, quod ipſis lugubre videbatur, vendi domum, in qua defecit pater, minorque creuit, vt CONSTANTIVS Imperator[l] loquitur. Quam ob cauſſam, nominis gentilitii conſeruandi ſtudio, ne bona ac poſſeſſiones e gente exirent, aut, vt ad eam redire poſſent, tam teſtamentis et fideicommiſſis[m], quam pactis[n] Romani ſibi proſpiciebant. Hinc quoque enata eſt conditio illa, in legibus ſaepius obuia, ne fundus de nomine familiae meae exeat. Ita in *l.* 38. §. 1. *D. de leg.* 3. dicitur: Fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto. §. 2. *eod.* Veto autem, aedificium de nomine meo exire, et §. 3. *eod.* Vt fundus Titianus de nomine veſtro nunquam exeat[o], et huc etiam pertinent inſcriptiones apud GRVTERVM[p]. Saepius autem teſtantes ac paciſcentes facultatem alienandi quidem dominis permittebant, iiſdem tamen quoſdam praerogatiuos ſiſtebant emtores, quibus fundus ante extrane-

(i) *arg. l. 35. D. de minor.* (k) *arg. l. 16. D. de reb. auct. iud. poſſ.* (l) *in l. 22. ſ. Nec vero domum C. de admin. tut. et ad h. l.* FER. ADDVENS. *l. 2. Explic. p. 573. in theſauro Iur. Otton. T. II.* (m) *l. 69. ſſ. 3. l. 76. §. 5. l. 88. §. 15. D. de leg. 2. l. 38. §. 4. D. de leg. 3.* (n) *l. 75. D. de contrab. emt. l. 21. §. 5. D. de act. emt.* (o) Conf. Conſultiſſ. TROTZ. *de memoria propag. l. I. C. III. §. 2. p. 142.* (p) *pag. 307. n. 7. et p. 755. n. 1.*

Digitized by Google

traneum emendus offerretur, vt eſt in *l.* 122. §. 3. *D. d. V. O.* Hiſce igitur pactis ac teſtamentis naſcebatur ius quoddam προτιμήσεως, vi cuius is, qui hoc gaudebat, ſi tantum, quantum alius, ſoluere paratus eſſet, cuius extraneo emtori anteibat[q].

## III

Comprobarunt illud leges, et partim conſeruandi nominis ſtudio, partim aliis ex cauſſis ius ſimile certis in caſibus et certis perſonis dederunt. Digna notatu eſt *l.* 35. *D. de minor.* qua minor adiectione pretii et licitatione victus reſtituitur in integrum, ſi eius intereſſe, emtam ab eo rem fuiſſe, approbetur: veluti quod maiorum eius fuiſſet, ita tamen, vt id, quod ex licitatione acceſſit, ipſe offerat venditori. De emtorum priuilegio euolui poteſt *l.* 8. *D. de add. in diem.* Cognatis etiam ac conſortibus olim datum erat, vt extraneos ab emtione remouerent. Poſtea tamen hoc retractus ius conſtitutione Imperatorum plane fuit immutatum, neque vlla cognatis et conſortibus prae extraneis relicta praerogatiua, dum in *l.* 14. *C. de contrah. emt.* grauis iniuria viſa eſt Imperatoribus, vt homines de rebus ſuis facere aliquid cogantur inuiti. Quo vero tempore retractus ille, ratione ſanguinis gentilitius, cuius nulla vſquam veſtigia in iure legi audacter aſſerit VLR. HVBERVS[r], inualuerit, inter eruditos non conſtat. Elegans equidem eſt coniectura Viri Magni, IACOBI GOTHOFREDI,

(q) *l.* 75. *D. de contr. emt.* (r) *in Praelect. ad tit. D. de reſc. vend. Cap. de iure retractus, n.* 14.

Digitized by Google

DI, qui ad *l.* 6. *C. Theodoſ. de contrah. emt.* ſuſpicatur, reiiciendum illum eſſe ad CONSTANTINI M. aetatem, et ſub eo quandam fuiſſe latam legem, qua cognati potuerint extraneos ab emtione amouere, nixus praeſertim et SYMMACHI *epiſtola* (s), et *l.* 3. *C. de commun. rer. alien.* quae eſt Diocletiani. Sed ius quoddam προτιμήσεως neceſſariis perſonis iam ANTONINI et VERI temporibus conceſſum fuiſſe, maiori veriſimilitudine ex *l.* 60. *D. de Pact.* aſſeueramus. Namque PAPIRIVS IVSTVS, qui ſcripſit *Conſtitutionum libros XX.* in quibus ANTONINI et VERI Impp. Conſtitutiones eum collegiſſe credibile eſt, (t) eiuſmodi ANTONINI reſcriptum, AVIDIO CASSIO datum, nobis conſeruauit. Fiſco praeterea praelatio in metallis emendis relicta, *l.* 1. *C. de metall. et Met.* et Emphyteuſeos domino, *l.* 3. *C. de iure emphyt.* menſes conceſſi ſunt duo, intra quos iiſdem conditionibus, quas alius offert, emere ab emphyteuta ius emphyteuſeos poteſt.

## IV

A *l.* 14. *C. de contr. emt.* diſpoſitione receſſerunt mores Longobardorum, qui agnatis ius προτιμήσεως ac retractus dant prae extraneo emtore feudi (u), quod beneficium (x) FRIDRICI Imp. conſtitutione ad ſocios vicinosque prolatum eſt. Immo paſſim quoque mores inſtitutaque ſingularum Germaniae ciuitatum proxima propinquitate

 con-

(s) *CXVII. lib. IX.* (t) Vid. CORN. VAN ECK *in tit. D. de O. I.* §. 31. (u) *Feud.* 2. *tit.* 3. §. *Sed etiam et tit.* 9. §. 1. (x) *Feud. V. C. XIII.*

Digitized by Google

coniunctis, ſociis vicinisque ius ſimile προτιμήσεως ac retractus conceſſerunt, quorum illud in alienando fundo auito, communi, vicinoue, extraneis eos anteponit emtoribus: hoc autem, ſi alienatus fundus eſt, ipſis intra certum tempus recuperandi eius tribuit poteſtatem, modo vtroque caſu tantundem ſoluere parati ſint, ac extranei. Ius retractus enim, ſi accurate loqui velimus, pro effectu iuris προτιμήσεως habetur, et licet haut diſſimulem, haec vocabula vſu forenſi non ſatis accurate diſcerni, re ipſa tamen maximopere differunt. Ius προτιμήσεως ad futuram alienationem impediendam ſpectat, retractus autem conſummatam alienationem reſpicit. Sic, cui competit der Näherkauf, ex lege, vel ſtatuto, ille non tantum ius habet impediendi nouum emtorem, ſed etiam, ſi res ipſo inſcio diſtracta, ius illam retrahendi intra annum ~~et diem~~ habet. (y)

## V

Ab his fontibus, qui partim in iure Romano, partim in conſuetudinibus Germanicarum nationum quaerendi ſunt, ius illud manauit προτιμήσεως, datum nonnullis hac lege, vt in quibuſdam contractibus, ſi conditiones ab extraneo oblatas praeſtiterint, huic praeferantur. Perſpicuum autem eſt ex iis, quae ſupra diximus, tripartitum hoc ius eſſe, atque aliud ex teſtamento, aliud ex pacto, aliud ex lege proficiſci. Quod attinet ad retractum conuentionalem, illud addere liceat, poſt reſignationem dominii et traditionem iudicialem ei locum non eſſe, niſi vel hypotheca muni-

(y) 2. *F. 26. §. Titius Dec. Elect. XI. et Conſtit. XXXII. P. II.*

Digitized by Google

munitus fuerit, vel emtoris fraus ſubſit [z], vel in ſubhaſtatione adiudicatio nondum facta ſit: [a] alias namque ad id tantum, quod intereſt, erit agendum. Secus res ſe habet, ſi hoc ius ex lege, vel teſtamento competit. Valde enim errat CARPZOVIVS [b], quod ne iuri quidem πρoτιμήσεως ex teſtamento nato, vim tribuat maiorem, cum tamen contra teſtatoris voluntatem facta alienatio nullius plane momenti ſit [c], ac praeterea *l. 1. C. commun. de leg.* actionem praebeat legatario hypothecariam [d]. Quodſi ex iure ſtatutario, vel prouinciali ius πρoτιμήσεως ac retractus, ſic dictum Nähergeltungs-Recht, profluit, hoc, modo tempus zum Einſtande, lege definitum, non ſit praeterlapſum, licet reſignatio dominii fundi venditi ſit facta, et confirmatio iudicialis ſecuta, adhuc tamen poteſt vrgeri, quod confirmatio iudicialis nihil noui dat, nec actum inualidum firmat [e], vti reſpondit *Facultas Iur. Vitemb. Menſ. Oct.* 1743. Quocunque igitur modo, pacto, teſtamentoue ius cuidam πρoτιμήσεως conſtitutum ſit, eo valere illud debere, non eſt, cur dubitemus, adeo, vt hoc ius in dubio quoque ad heredes tranſeat, [f] dum non minus hiſce quam nobis



(z) CARPZOV. *Iurisp. for. P. II. C. XXXII. D. XXI.* WERNHER *P. I. Obſ. CXXXI. et P. II. Obſ. CCCCXXV.* (a) Sic enim accipio WERNHER. *Obſ. CCLXXXVI. P. VI.* vid. HORN. *Cl. XIII. reſp. VII. n. 2.* (b) *def. IX. l. c.* (c) *ob l. 69. ſ. 3. D. de leg. 2.* (d) Conf. Illuſtr. A LEYSER *in Medit. Spec. CXCVII. p. 497. in Coroll.* (e) *c. 1. X. de confirm. c. 6. porro de fid. inſtr. Vid.* HORN. *Claſſ. IX. Reſp. 201. 550. ac Ordinat. Goth. P. II. C. II. T. XIV.* (f) *l. 40. pr. D. de pact. l. 13. C. de contr. ſtipul. l. 10. C. de loc.*

bis ipſis cauiſſe praeſumimur [g], et extraneis poſſit cedi. [h]

## VI

Nec tamen in emtione ſolum conſtitui poterit eiuſmodi retractus, verum etiam in aliis contractibus, praeſertim in locatione conductione [i]. Arctioribus circumſcriptus limitibus eſt retractus, quem ex lege nonnullis dari, diximus. Hic in alienatione, quae pretio fit, maxime in venditione obtinet. Quanquam et aliae alienationes, aeſtimatione quae fiunt, a ICtis, vt, ſi quid in ſolutum, vel res aeſtimata in dotem data ſit, non male huc referuntur [k]: Praecipuam vero eius ſedem in venditione eſſe, non ſolum ex caſibus, quibus ius Romanum et Canonicum [l] illum permittit; ſed etiam ex Feudali iure et Saxonico conſtat [m]. Et inde quoque apparet, ius retractus locum non habere in donatione, neque in permutatione, [n] neque in tranſactione [o]. In locatione conductione autem, an locus ſit iuri προτιμήσεως ac retractui legali, in vtramque partem diſputatur, ideoque hanc quaeſtionem in praeſenti fuſius deducere, induxi animum.

VII

(g) *l. 9. D. de probat.* MOLLER. *Comment. ad Conſt. XXXII. P. II. n. 33. ſeqq.* (h) *l. vlt. C. de hered. et act. vend.* CARPZOV. *ad dict. Conſt. d. XX. n. 5. ſeqq.* (i) *l. 32. C. de loc.* (k) IMMAN. SVTORIVS *de Retractu, C. XII. Th. 263.* (l) *c. 8. X. in integr. reſt.* (m) *Conſt. El. XXXII. P. II. Land Recht l. 1. art. LII. gloſſ.* (n) HEINECCIVS *in Inſtit. lib. III. tit. XXIV. §. CMVIII. in nota.* (o) Conſentit Illuſtris A LEYSER *Spec. CXCIV. Med. V.*

Digitized by Google

## VII

Eſt autem locatio conductio ex numero eorum contractuum, qui conſenſu perficiuntur, et in vſu rei, vel opera certa mercede praeſtandis verſatur [p]. Vnde Ouidius [q]:

> Omnia conductor ſoluit: mercede ſoluta,
> Non manet officio debitor ille tuo.

Iam vero vſus iſte, qui a locatore conceditur, nec dominium mutat [r], nec poſſeſſionem [s]. Vnde locationem non eſſe alienationem [t], facile apparet. Ius autem προτιμήσεως et retractus nonniſi in alienatione locum habere, iam diximus. Ex quo neceſſario fluit, illud a locatione conductione, quae talis non eſt, dum nec res ex familia in alteram tranſit, plane exulare. Accedit, ius προτιμήσεως et retractus ius eſſe quoddam ſingulare, priuam legem: quae enim veteres priua dixerunt, nos ſingula dicimus, inquit GELLIVS [v]. Iuris vero ſingularis ea natura eſt, vt ſtrictiſſimae ſit interpretationis [x], et ad exemplum trahi non poſſit. Cum igitur de iure προτιμήσεως ac retractus in locatione conductione nihil in legibus diſpoſitum reperiamus, non male huc applicari poteſt illud Baldi: Quod lege non cauetur, nec in practica habetur [y]. De Saxonia Electorali



(p) *l. 1. §. vlt. D. et §. vlt. I. Mandati.* (q) AMOR. *l. 1. Eleg. X.* (r) *l. 80. §. 3. D. de contrab. emt. l. 39. D. loc. cond.* (s) *l. 60. §. 1. D. loc. cond. l. 9. D. de R. V.* WERNHER *P. I. Obſ. LXXXVII.* (t) *l. 63. D. de contrab. emt.* (v) *l. X. cap. XX.* (x) *l. 14. 15. et 16. D. de LL.* (y) CAPZOV. *Iuriſpr. for. P. II. C. XXXI. D. VIII.*

Digitized by Google

li eo minor dubitatio oriri poteſt, cum ius προτιμήσεως et retractus hereditariis in bonis ibidem prorſus abrogatum [z], et ſolis liberis in venditione fundi auiti, agnatis et ſimultanee inueſtitis autem in feudis, vsque dum eadem ſub haſta venierint [a], relictum ſit. Bonis igitur ſub haſta venditis, vel etiam, ſi ſimultanee inueſtiti per pactum, aut literas reuerſales diſpoſitionem inter viuos et mortis cauſſa poſſeſſoribus feudi conceſſerint, aut reliquerint, ſibique modo certam pecuniae ſummam, Lehnſtamm, reſeruauerint, poſtea iure προτιμήσεως, vel reluendi vti non poſſunt [b].

## VIII

Praeterea in locatione ſine dubio perſonarum ratio habetur, idque cum in hac comparatiua propoſitione citra iniuriam non facile ad liquidum deduci poſſit, conſanguineus, aut quiuis alius, cui alias, ſi fundus alienaretur, competeret ius retractus, conductor, non debet obtrudi, quanquam easdem conditiones offerat, et cautionem de mercede accurate ſoluenda praeſtet. Hic certe valet, quod VLPIANVS ait [c] intereſſe noſtra, ſcire nationem, ſi ſeruum emimus. Multo igitur magis indolem et ingenium intueri debemus hominum, quibuscum contrahimus. Parumne

(z) *Reſol. Grau. 1661. Conſt. Elect. XXXI. P. II. et* CARPZOV. *P. II. C. XLIV. D IV.* (a) *O. P. S. R. ad tit. XL. ʃ. 3. in fine.* (b) Vid. Diſſ. Illuſtr. GEBAVERI *de iure reluendi per generalem conſenſum ſimultanee inueſtiti in alienationem feudi extincto, ibique* §. *20. authent. interpr. Conſt. XLV. P. II. Potentiſſ. Regis noſtri.* (c) *l. 31.* §. *21. D. de Aedil. Edict.*

Digitized by Google

ne tu putas referre, cum homine inquieto, et malo contubernio eſſe; an cum alio, cuius mores ſunt temperatiores? Ego vero inter felicitatis humanae partes ponendum eſſe puto, placabiles ac mites habere conductores, non damnoſos, non rixoſos.

## IX

Solent quidem, qui a nobis diſſentiunt, prouocare ad ſimilitudinem, quae eſt inter emtionem venditionem, et locationem conductionem, quam proximam eſſe emtioni venditioni, iiſdemque iuris regulis conſiſtere, ipſe IVSTINIANVS (d) docet. Quin etiam locationem dicunt eſſe alienationem, ſiue potius venditionem vſus, vel fructuum (e), eamque opinionem mirifice locus SENECAE adiuuare videtur, qui *lib. VII. de benef. c. V.* vbi de dono in ſapientem collato agit: Nec mirum eſt, inquit, aliquid ei, cuius totum eſt, poſſe donari. Conduxi domum a te. In hac aliquid tuum, aliquid meum. Res tua eſt, vſus rei tuae meus eſt. Capite autem ſequenti ita pergit: In omnibus iſtis, quae modo retuli, vterque eiuſdem rei dominus eſt. Quomodo? quia alter rei dominus eſt, alter vſus. Haec ille. Quidni igitur locationem ius in re transferre, et genus eſſe alienationis, exiſtimemus? Huc quoque collineare videntur *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* et *l. 1. in pr. C. de iure emphyt.* quae ipſi CARPZOVIO (f) confeſſionem extorquent, locationem omnino eſſe alienationem.

(d) *pr. I. de loc. cond.* (e) BERLICHIVS *Deciſ. 166. n. 39. P. II.* (f) *P. II. C. XXXVII. D. II. n. 7.*

Digitized by Google

nem. Idem tradi aiunt in *l.* 31. *D. locat. cond.* Accedit nouum robur ex conſtitutione illa notiſſima FRIDRICI I Imperatoris (g), vbi ius προτιμήσεως tribus caſibus locum habere ait, e quibus vnus eſt, ſi quis alienare voluerit per locationem.

## X

Sed facile excipi atque auerti poterunt tela eorum, qui ſimilitudine rei mouentur. Similia enim non ſunt nimis extendenda. In emtione dominium tranſit, non in locatione conductione. Nemo enim poteſt videri eam rem vendidiſſe, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem tranſeat, ſed, vt LABEO ait (h), hoc, aut locatio eſt, aut aliud genus contractus. Eſt autem locatio modo conceſſus percipiendi fructus, quamdiu durat contractus, non translatio ipſius rei, ſeu proprietatis. Quodſi dominium ad conductorem perueniſſet, cauſſa non eſſet, cur cedere ſucceſſori ſingulari cogeretur. Deinde perfecta venditione, rei venditae periculum ad emtorem ſtatim pertinet. Vnde ſequeretur, ſi locatio eſſet venditio fructuum, ſimiliter, perfecto contractu, a conductore ferendum eſſe periculum fructuum: Eſt autem illud ſine dubio locatoris, ſi vi tempeſtatis calamitoſae ſterilitas contigerit, vt eleganter hanc illuſtrat VLPIANVS *l.* 15. §. 2. *D. locati* (i). Quod vero ad locum SENECAE attinet, aliter philoſophi loquuntur, aliter ICti,

(g) *Feud. V. XIII.* (h) *l. 80. §. vlt. D. de contrab. emt.*
(i) *Iung. Differt. Ampl.* EV. OTTONIS *de praeſtatione caſuum ſolit. inſolit. et inſolentiſſ. ad h. l.*

Digitized by Google

ICti, quamuis etiam conductor, quoad perceptionem fructuum, improprie dominus vocari poſſit, verus tamen non eſt dominus. Recte enim dicimus, eum fundum totum noſtrum eſſe, etiam cum vſusfructus alienus eſt, vt PAVLLVS ait in *l.* 25. *D. de V.S.*

## XI

Nec magis nobis officiunt memoratae leges, quarum duas priores, ſi cum cura paullo maiori perpenderis, plus elici ex iis, quam in ipſis re vera ineſt, facile conſtabit. Namque *l. vlt. C. de reb. alien. non alien.* aperte de emphyteuſi agit, in qua tranſire dominii particulam, prorſus nullum eſt dubium. In lege autem 1. *pr. C. de iur. emph.* ZENO Imperator conductionem ab alienatione nominatim ſeiungit, dicens, ius emphyteuticarium, neque conductionis, neque alienationis titulo adiiciendum, ſed hoc ius tertium a ſe conſtitui. Quod autem ad *l.* 31. *D. loc. cond.* attinet, fateor equidem, ALFENVM rerum locatarum duo genera diſtinxiſſe, alterum, in quo eadem ſpecies ſit reddenda, alterum, in quo idem genus duntaxat, ſed notanter adiicit, vbi idem genus eſt reddendum, in creditum iri, h. e. degenerare in alium contractum, ſcilicet, caſum hunc incidere in ſpeciem mutui, ex quo dominium tranſit (k). Denique in conſtitutione FRIDRICI I Imperatoris, ius *περτιμήσεως* in locationem transferri non nego. Verum quicquid afferat CVIACIVS (l), qui hanc et ceteras conſtitutio-



(k) BYNKERSHOEK *l. VIII. Obſ. IV.* (l) *de feud. l. IV. tit.* 73.

Digitized by Google

tutiones feudalibus conſuetudinibus adiecit, non perſuaſit Germanis, vt eis auctoritatis, vel ponderis quicquam tribuerent. Nunquam enim inter leges, quibus vtimur, illae relatae et collocatae ſunt [m].

## XII

Manet igitur firma ſententia noſtra, alienum a locatione eſſe ius προτιμήσεως ac retractus, adeo, vt ne in ea quidem locatione, quae in longum tempus, vel in perpetuum fit [n], illud locum habeat. Tempus enim mutationem contractui afferre non poteſt [o], ſed manebit potius eadem locationis natura, tametſi quis in mille annos locauerit, vt ait gloſſa *ad l.* 88. §. 15. *D. de leg.* 2. Diſſidet quidem a nobis BALDVS et alii [p], qui locatione in perpetuum, vel ad longum tempus, i. e. ad decennium transferri vtile quoddam dominium opinantur, prouocantes ad *l.* 1. §. 3. *D. de Superfic. et ad l.* 1. §. 1. *D. Si ager vectig.* in quibus praetor actionem in rem pollicetur iis, qui ſuperficiem in perpetuum, vel in tempus non modicum conduxerunt, vnde ius naſci in re ac dominio affine conductoribus in locatione BALDVS coniicit. Patrocinari ei videtur *l.* 2. *C. de loc. praed. ciuil.* qua perpetuariis fiſci colonis poteſtas vendendi donandi ac reliqua faciendi, quae dominis iure mancipii, vt olim loquebantur, in re ſua facere licebat, aſſeritur. Qua ex cauſſa etiam IOANN. CORASIVS

(m) Conf. Illuſt. A LEYSER *Spec. CXCVI. Med. III.* (n) *l. 1. §. 15. D. de exerc. act. l. 10. C. de loc.* (o) *l. 8. D. Mandat.* (p) Vid. CARPZOV *l. V. Reſp. XVII. ibique DD.*

VS TOLOS.[q] locationem in perpetuum ab emphyteuſi quae non procul ab alienatione diſtat[r], non effectu, ſed ſolo nomine putat differre.

## XIII

At in conuentionibus ſemper illud eſt intuendum, quod contrahentes agunt, qui certe in omni locatione, ſiue ad tempus ea inita fuerit, ſiue in perpetuum, non ideo hoc faciunt, vt ius quoddam dominii, ſcilicet ipſius rei, ſ. fundi in conductorem transferant, ſed, vt illud locatoris totum maneat, et fructus, vel vſus fundi locati modo conductori cedant. Regula enim iuris, fructus pendentes facere partem fundi[s], hoc indicat, vendito fundo, venditos qnoque cenſeri fructus, qui nondum exciſi et percepti ſunt[t]. Secus eſt, ſi ſine fundo fructus vendantur. Quod auten Praetor in dictis legibus actiones in rem det iis, qui non ad modicum tempus conduxerunt, ex hoc ipſo apparet, iure ciuili id non licere, ſed ex aequitate iure honorario ad euitandas cedendarum actionum moleſtias hoc competere[u], vnde etiam praetor in dicta *l.* 1. §. 1. *D. de ſuperfic.* ſolummodo quaſi in rem actionem pollicetur. In *l.* 2. *C. de loc. praed. ciu.* ſingulare datur priuilegium iis, qui fundos publicos in perpetuum conduxere, et inde quoque conſtat, idem non licere in conductionibus



(q) *de Iure Emphyt. p.121.* (r) *Nou. VII. C. I.* (s) *l. 44. D. de rei vind.* (t) *l. fin. §. 6. D. quae in fraud. cred. l. 25. D. de act. emt.* (u) Conf. FRANZKIVS *ad D. tit. loc. cond. n. 29. ſeqq.*

bus priuatorum. Namque non ſine cauſſa alliciebantur coloni, vt cum fiſco contraherent, cui ſcimus, multa in iure conceſſa eſſe, quibus conditio eorum, qui cum illo contrahebant, multo grauior reddebatur, quam ſi cum priuato pacti fuiſſent. Ita tacita fiſco hypotheca competit in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt (x), et in contractibus contra eum compenſationis exceptio non ſemper locum habet (y). Ex iſto tamen priuilegio minime colligi poteſt, locationem in perpetuum eſſe emphyteuſin, quia locatio, quantumcunque etiam temporis ipſi adiicias, titulus non eſt habilis ad transferendum dominium, cum e contrario emphyteuta dominium poſſeſſionis, non ipſius rei habeat (z). Pugnantia loquuntur, qui dicunt, eum, qui in perpetuum conduxit, i. e. qui in perpetuum alieno nomine poſſidere coepit, ius in re acquiſiuiſſe, h. e. in perpetuum ſuo nomine poſſidere coepiſſe. Neque hic locus eſt praeſcriptioni, quia conductor cauſſam poſſeſſionis ſibimetipſi mutare non poteſt per *l.* 3. §. 19. *D. de acq. poſſ.* Nec mera de verbis controuerſia eſt, emphyteuſin a locatione in perpetuum magnopere differre. Emphyteuta enim non ſolum fructus percipit ordinarios, verum etiam extraordinarios, velut inuentum in agro emphyteutico theſaurum, qui tamen ad perpetuarium colonum non pertinet. Emphyteuta vindicat fundum etiam a domino (a), non conductor, cui ius tantum eſt in perſonam,

cum

(x) *l.* 28. *D. de Iur. fiſc.* (y) *l.* 1. *C. de compenſ.* (z) *l.* 71. §. *vlt. D. de leg.* 1. *l.* 12. *C. de fund. patrim.* GALVANVS *de Vſufructu, C.* XXVII. *pag.* 348. (a) *l.* 1. *in f. D. ſi ager. vectig.*

cum qua contraxit. Emphyteuta excepta venditione; inſcio domino fundum emphyteuticarium alienat, non conductor. Emphyteutae ob ſterilitatem canon non minuetur: omne enim particulare damnum eum grauat, et ad integri canonis praeſtationem deuinctus manet [(b)], minuetur contra conductori [(c)]. Emphyteuta tandem canone intra triennium ciuilibus in bonis non ſoluto, ius ſuum perdit, conductor poſt biennium, ſi non ſoluit, expellitur, ac denique ſucceſſori cedit ſingulari, quod ſecus eſt in emphyteuta.

## XIV.

Illud praeterea de iure Saxonico monendum eſt, nec in praediis vulgo dictis *Laß Güther*, tranſire dominium. Sunt ea praedia eiuſmodi, quae ex contractu locationis conductionis in incertum tempus, fructuum percipiendorum gratia, poſſeſſori pro certa penſione, *Laß-Zins*, conceduntur, ita, vt quandocunque libuerit, a domino reuocari poſſint [(d)]. Quanquam enim, ſi quis ab altero fundum repetat, reus autem, ſe atque anteceſſores ſuos vltra triginta annos, annum et diem pro vniformi penſione fundum poſſediſſe praetendat, in dubio reus exceptione tutus ſit, ac pro eo pronuncietur iuxta *Conſt. Elect. XL. P. II.* neque tamen inde efficitur, vt locatio haec ſit alienatio, et iuri προτιμήσεως aditum faciat. Namque ſi actor locationis

 tiu-

(b) *l. 1. C. de iur. emphyt.* (c) *l. 15. ſſ. 4. D. locat. cond.* (c) Vid. Diſſ. Dn. PRAESIDIS *de Praediis, quae vulgo Laß-Güther appellantur*, §. *VI. et VIII.*

Digitized by Google

titulum probauerit, dilabitur ius omne excipientis, ac fundus locatori reſtituendus erit. Facile autem ab omni incommodo declinabit talis locator, ſi penſionem ſaepius mutandam curauerit, quod in agris Eccleſiae ſenis annis fieri iubet *Ordin. Eccleſ. Sax.* (e) Ceterum hanc locationem in longum tempus forſitan intellexit FRIDRICVS I in conſtitutione, cuius ſupra mentionem fecimus, dum ibi ait, per locationem alienari. Nam ex reliquis feudorum conſuetudinibus apparet, locationem non eſſe habitam pro alienatione (f). Omittam id, quod etiam HVBERO (g) mirum videtur, conſentaneum non eſſe, ius προτιμήσεως in locatione concedere FRIDRICVM, qui abeſſe illud voluerit a permutatione, quae multo propius accedit ad venditionem.

## XV

Hiſce igitur conſideratis, deueniamus iam ad eos, quibus in venditione retractus ius datur, quos quidem ſimile ius in locatione conductione praetendere non poſſe, in aprico eſt. In venditione autem, quibus ius προτιμήσεως ac retractus competit, hi fere ſunt: domini directi, agnati, ac ſimultanee inueſtiti in feudo, propinqui, ſocii, vicini, creditores, et iure Saxonico debitores. Procul dubio vtuntur iure προτιμήσεως in venditione emphyteuſeos domini

(e) *art. gen. 29. et Synodal. Decret. de anno 1624. ac Reuiſ. Syn. Decr. gen. de anno 1673. in Cod. Aug. T. I. p. 796. et 837.*
(f) §. *Donare, tit. 9. Feud. II.* (g) *P. II. Praelect. Cap. de Iur. Retract. ∬. 22.*

domini directi intra duos menſes ab eo tempore, quo iis denuntiata eſt [h]. Sed, ſi locatur emphyteuſis, extraneus conductor, domino emphyteuſeos, cedere non tenetur. Emphyteuta enim eſt dominus vtilis. Itaque pro lubitu locabit. Merito igitur venditioni ius iſtud inhaeret, quod confirmat *l. 3. C. de iur. emphyt.* vbi mentio fit pretii, quod ſolius venditionis proprium eſt [i], et conditiones, quas lex praeſcripſit, ſeruandae ſunt.

## XVI.

Neque magis praeferri ſe cupiet dominus directus in locatione feudi extraneo, quamuis ius προτιμήσεως alias in eiuſdem venditione ei competat [k], adeo, vt etiam ſtatutum, vel priuilegium, quod vaſallo ſine domini directi conſenſu feudum alienare permittit, ſaluo tamen iure προτιμήσεως eidem competente intelligatur [l]. Antiquitus enim datum fuit vaſallis, vt libere locent [m], niſi locatio ſit fraudulenta, quae alienationem inuoluit, qualis eſt libellariae conceſſionis feudi pro viliſſima duorum denariorum penſione perpetuo factae, ſeu vno numo, quae in iure pro nulla habetur [n], ſcilicet, ſi numus interuenerit ad ſimulandam locationem, et nulla adſit proportio numi ad vſum rei [o]. Tunc tamen opus non eſt iure προτιμήσεως

quia

(h) *l. fin. C. de Iur. Emphyt.* (i) *l. 1. D. de contrah. emt. Iung.* GVIL. FORNER. *Select. l. II. C. XXX. in Theſ. Otton. T. II. p. 80. ſeqq.* (k) *2. F. 9. ∫. porro.* (l) WERNHER. *P. X. O. CCIX.* (m) *2. F. 9. §. 1.* STRVVIVS *Syntagm. Iur. Feud. C. XII. ∫. VII.* (n) *l. 46. D. loc.* (o) AVERIN. *Interpret. Iur. lib. I. C. XXIX,*

quia ob feloniam ad dominum redit feudum [p]. Simulatione enim detecta totus corruit actus.

## XVII

Proprietatis dominum, ſi fructuarius fundum locat, licet eandem mercedem offerat, extraneo potiorem non eſſe, facile exinde colligitur, quod fructuario ſine vlla reſtrictione ſuo arbitrio conductoris eligendi poteſtas per leges eſt tributa [q]. Neque SCHILTERI [r] obeſt obiectio, qui vocem, inuitus, in dicta *l.* 67. de eo explicat, qui prohibiturus contradicit venditioni, vel locationi. Sine dubio enim is, qui cupit, vt alter potius ſecum, quam cum alio contrahat, eo ipſo prohibet et contradicit emtioni, vel locationi cum alio faciendae. Nec a venditione ad locationem in praeſenti materia argumentum duci poſſe, ſupra oſtendi. Quam ob rem fruſtra quidem diſſentiret SCHILTERVS, vt probe animaduertit BERGER. [s] niſi firmius adhuc afferret argumentum, legem ſcilicet antiquam Germanorum, quae *in Kayſerl. und Roeniglich. Landrecht, fol.* 64. *Edit. Meichſ.* et *in gloſſa Weichbildi, art.* 31. 9. 10. Sie ſoll es den Erben zu loeſen geben, wegert daſs der Erbe, ſie thu es aus um Zins, wollen es aber die Erben um ſolchen Zins annehmen, als man es anderswo beſtehen wolt, die Erben ſeind es neher zu behalten um ſolchen Zins, denn andre

(p) Vid. Diſſ. inaug. GEORG. AD. SCHVBERTI *de Iure locandi Vaſall.* (q) *l. 12. §. 2. l. 67. D. de Vſufructu.* BERGER. *in Oecon. de loc. cond. n. 2.* CARPZOV. *P. II. C. XLII. D. III.* (r) *Exercit. ad D. XVII. XXXIV.* (s) *loc. cit.*

andre Leuthe etc. ſed hic adeſt exceptio a regula, quae attendenda tum demum, cum ius retractus lege, vel conſuetudine diuturna locorum proprietario ſit ratum [t].

## XVIII

Pariter quoque dominis iuriſdictionis, qui ne in emtione quidem προτίμησιν habent [u], neganda eſt praelatio in conductione, ſi excipias ius προτιμήσεως, quod in operis ruſticorum eorumque liberorum conducendis [x] exercent. Illud quidem a CARPZOVIO [y] et BERGERO [z] ita reſtringitur, vt eo demum caſu locum habeat, ſi nihil ruſticorum intereſt, operas ſuas domino, an extraneo locent. Hoc autem eo valet, vt ſubditorum liberi, non priuigni [a], dominis iuriſdictionis prae extraneis operas ſuas pro mercede definita per biennium offerant [b]. Praeterea ſacerdotibus quoque illud ius conceſſum eſt in *Ordin. Eccleſ. art. gen.* 27. verbis: Daſs die Bauern fremde Aecker um Geld zu beſchicken nicht eher annehmen, es ſind denn zuvor des Pfarrers und Schreibers Aecker um ein gebührlich und gleichmäſſig Lohn beſchicket [c]. Differt autem hoc ius ab operis neceſſariis agreſtium, Germanice Frohn-Dienſte, Dienſt-Zwang. Nam qui ius προτιμήσεως habet,



(t) VOET. *ad tit. Dig. locat. conduct.* §. 13. (u) BARTH. HODEG *forenſ. p.* 430. (x) *Ord. Polit. de Ao.* 1661. *tit. XXIII. C.III.* (y) *lib. I. Reſp. LIX.* (z) *Oecon. tit. locat. cond. XXV. n.* 2. (a) BERGER. *Elect. D. F. Suppl. II. p.* 203. (b) MENCKEN. *Synopſ. Pand. tit. loc. cond.* §. *IV.* (c) Conf. *Synod. Decret. de Ao.* 1674. §. 69.

non ſtatim etiam habet ius cogendi [d]. Neceſſariae operae ab inuitis exiguntur, et quando lubet dominis, ac pro iis ſecundum conſuetudinem locorum, aut nihil ſoluitur, aut merces exigua, quam pacta ac ſtatuta definiuerunt [e]. Sed ſecus ſe res habet in iure illo προτιμήσεως operarum. Huic enim locus tum demum eſt, cum ruſtici in animo habent, operas ſuas aliis locare.

## XIX

Multo minus vero agnati et ſimultanee inueſtiti, ſi vaſallus feudum locat, προτιμήσεως et retractus ius, quod in feudi alienatione illis competit, exercere poſſunt. Leges enim, quae ipſis hunc retractum largiuntur, de venditione loquuntur [f]. Singularem caſum ab HORNIO [g] relatum legimus, cum Titius vaſallus mentis alienationem pateretur, bonaque eius locanda eſſent, ſororem Titii cum Caio ac Seio, ſimultanee inueſtitis, de conductionis praerogatiua valde certaſſe, dum ab his ad ius προτιμήσεως ac retractus ipſis alias in alienatione ex ſimultanea inueſtitura competens, a ſorore autem ad propinquitatis iura prouocaretur, Scabinos Vitembergenſes ſuper hac quaeſtione conſultos, plus offerentibus ex ratione, quod nec ſorori, nec Caio et Seio ius praelationis competat, bona locanda cenſuiſſe, partim quod ſimultanea inueſtitura ipſis, neque poſſeſ-

(d) BERG. *Deciſ. XIV.* (e) *arg. l. 18. l. 20. D. de oper. libert.* (f) 2 *F. 26. ſſ Tit. 2. F. 3. §. Sed etiam Conſtit. Elect. XLVIII. P. II.* STRVV. *Synt. Iur. Feud. C. XIII. aph. 21. n. 1.* (g) *Iurisprud. Feud. C. XX. 10.*

Digitized by Google

poſſeſſionem feudi, neque facultatem, de eo, viuente vaſallo ſtatuendi tribueret, partim etiam, quod locatio feudi ſubſtantiam non afficeret, ac nemo vnquam ius προτιμήσεως ſimultanee inueſtitis in locatione aſſeruiſſet. Si tamen praerogatiua concedenda fuiſſet, potius ſorori eam competiiſſe dicendum eſſe arbitramur, quod locatio ſolummodo fructus feudi afficit, qui poſt fratris mortem ad ipſam pertinebant, quemadmodum et alias vaſallo abſente, cura feudi non proximo agnato, ſed heredi allodiali merito committi ſolet [h]. Si quis tamen, feudum locans extraneo, ſimul oppignoret, nihil ambigo, tunc iure προτιμήσεως vti poſſe agnatum ac ſimultanee inueſtitum. Reſpectu domini directi enim dubitationem omnem eximit *Deciſio Elect. XXXI.* Firmiſſimum illud affertur argumentum, quod ius pignoris feudo adhaereſcens cum iure diſtrahendi coniunctum ſit, et pignoratio [i] vocabulo alienationis contineatur. Qua ex cauſſa factum eſſe ait BERGER. [k] vt haec ſententia Saxonico in foro inualeſceret, in eamque ordo ICtorum Vitembergenſium ampliſſimus pronunciaret.

## XX

Neque maior vis erit conſanguinitatis, cui demum in in venditione fundi auiti naſcitur ius προτιμήσεως et retractus. BERLICHIVS [l] quidem hanc relinquit ſententiam,



(h) Generoſiſſ. A LEYSER *Medit. ad Pand. Spec. XCVII. de herede abſentis curatore, Med. VII.* (i) *l. vlt. C. de reb. alien. non alien.* (k) *Suppl. I. D. F. 409.* (l) *P. II. Concl. XXXIX. LXX et LXXI.*

tiam, et in alia omnia diſcedit, opinionis ſuae hanc afferens cauſſam, cum in venditione, quae fit ſub lege, rem intra certum tempus redimendi, conſanguineo, donec illud venerit, iure retractus vtendi, et habendi illam commoditatem, quam emtor conſequitur, facultas detur, idem quoque ei licere oportere in locatione, ad cuius ſimilitudinem venditio cum pacto hocce redimendi intra certum tempus proxime accedere videatur.

## XXI

Sed tantum abeſt, vt ex eiusmodi venditione et cadente in illam iure *προτιμήσεως* ſimile ius in locatione competere ſtatuamus, vt potius tam ex ipſa horum contractuum comparatione et diſcordi eorum natura de contraria ſententia firmiter ſimus perſuaſi. Quamuis enim extra omnem dubitationem poſitum non ſit, an retractus ius eo in caſu, ſi fundus venditur adiecta redimendi intra certum tempus facultate, ſtatim competat, cum venditionem iſtam conditionem non male dixeris, ac lex ipſa pactum iſtiusmodi de retrouendendo et redhibitionis conuentionem conditionem vocet [(m)], vt adeo ius retractus quidem ex tali venditione naſcatur, ſed tempus, quo cum effectu exerceri poſſit, pendere ex incerta redemtionis executione videatur. At tamen per venditionem ſaepius dictam vera fit alienatio, haut ſecus ac per illam antiquam fiduciam Romanorum [(n)], ita vt non poſſeſſio ſolum, verum

(m) *l. 2. C. de pact. inter emt. et vend.* (n) IACOB. GOTHOFR. *in Cod. Theod. Tom. I. p. 254.*

rum etiam dominium tranſeat (o), vi cuius emtor periculum fert rei (p), licet ad tempus ei venditae, immo transferre eam valide in alium poteſt, et ob id tantum ad intereſſe (q) tenetur, quae etiam cauſſa eſt, quare cautelae loco ſuadere venditori Pragmatici ſolent, vt ſibi dominium reſeruet. Vnde non erit vitio vertendum conſanguineo, ſi iure πϱοτιμήσεως vtitur, et ipſe potius fundum auitum, quanquam ad tempus comparat, quam eum in alienas manus deuenire patiatur. Verum cum in locatione, per quam nulla alienatio ſit, nihil tale timendum ſit, nec committendum erit, vt conſanguinei ius ſibi arrogent πϱοτιμήσεως in conductione.

## XXII

Venio nunc ad ſocios, qui an arcendi a retractu ac iure πϱοτιμήσεως in locatione ſint, minus in promtu videtur. Aſſeuerat illud STRYKIVS (r) ſocietatem enim ius quodammodo fraternitatis continere, fratres autem et conſanguineos extraneis ex aequitate naturali praeferri (s), deinde leges non committere, vt alicui inuito alius obtrudatur ſocius, et ita altercationibus et diſſidiis locus detur (t), indeque ſocium potiorem in retractu eſſe illo, qui gaudet iure vicinitatis (u), quin etiam fiſcum in re communi ſocio cogi



(o) *l. 7. C. de Pact. int. emt. et vend.* (p) *l. 8. de per. et commod. rei vend.* CARPZOV. *P. II. C. I. et XVII.* It. *lib. V. Reſp. XXVII.* (q) GAILIVS *lib. II. Obſ. XVI.* (r) *Vſu Modern. tit. locat. §. LXXVI.* (s) *l. 16. D. de reb. auct. iud. poſſ.* CARPZOV. *P. I. Dec. LIV. n. 10.* (t) *l. 65. §. 11. D. pro ſocio.* (u) SVTOR. *de retractu th. 124.*

cogi offerre partem ſuam (x), et denique opinionem communiter receptam eſſe a DD. quodſi domus communis locanda, ſocium volentem habitare, extraneo, ſi idem offerat, praeferendum eſſe, praeſertim cum haec ſententia aequitati ſit conſentanea, et quod nobis non noceat, alteri proſit, id ei concedamus per *l. 2. §. 5. D. de aq. et aq. pluu. arcend.* et iudicem in iudicando, ſi communis ſententia nitatur aequitate, hancce praeferre debere iuri ſtricto (y). Addunt huic opinioni nouum argumentum (z) qui ſocium ſimul eſſe dominum monent rei locandae, qui ſine dubio, quum ipſe re ſua vti velit, extraneo conductori praeferendus ſit.

## XXIII

Verum enim vero id ipſum, quod de aequali ſociorum iure affertur, maximum eſt contrariae ſententiae munimentum. Namque cum ſociorum, ſi fundum pro indiuiſo poſſident, tam ſit arcta coniunctio, vt in re, vel fundo communi nulla ſit gleba, cuius non dimidiatum penes vnumquemque ſociorum ſit dominium (a), fit, vt vnus ſocius poſtulare quid in tali fundo non poſſit, quin etiam alter ſocius idem exigere queat. Vnde etiam a LIVIO (b) ſocietas haut immerito aequatio iuris vocatur. Aliter enim inuito ſocio aliquid faceret ſocius, quod leges non permittunt (c). Iam, ſi ius praelationis in locatione ſocius

(x) BERLICH. *P. II. C. XXXIX. n. XI.* (y) *l. 8. C. de iudic.* (z) ANDR. WEGEN *de locat. conduct. Cap. III. 137.* (a) *l. 25. §. 1. D. de V. S.* (b) *lib. IIX. Cap. III.* (c) *l. 28. D. Comm. Diuid.*

Digitized by Google

us flagitat, cogere ſocium conatur, vt cum ipſo potius, quam cum extraneo contrahat, et ita eripit alteri aequale ius, quod ei eſt in re communi. In re autem pari h. e. in ea, in qua par vtriusque ius eſt, potior eſt cauſſa prohibentis. Vnde ſatis, opinor, conſtat, in re communi locanda ſocium efficere non poſſe, vt alii conductori anteponatur. At enim inquiet fortaſſe aliquis, retorqueri in te tua tela poſſunt. Dum enim res alteri locatur, ſocius locans in ius inuadit eius, qui praeferri ſe cupit, et eo etiam inuito locat. Sed notandum eſt, illum qui ius προτιμήσεως petit in locatione, ei tantum locationi, quae ſibi non fit, contradicere, et dum ſibi locari petit, tacite conſentire, vt locetur. A quo conatu cum depulſus ſit, iam cauſſa non eſt, quare intercedat contra locationem alii faciendam, praeſertim cnm prohibere ſocius non debeat id, quod neceſſitas et vtilitas rei poſtulant communis.

## XXIV

Sed praeſertim me iam accingo ad ea, quae a STRYKIO oppoſita ſunt. Equidem largior, ſocietatem ius quodammodo fraternitatis (d) in ſe habere, et TVLLIVM (e) amicitiam, ſocietatem, propinquitatem in eundem cenſum referre, vnde fieri videmus, vt pleraque, quae de fratribus conſtituta ſunt, ad ſocios in iure trahantur. At iam probauimus, conductione ne fratres quidem et conſanguineos praerogatiuam ſibi arrogare poſſe. In *l.* 16. *D. de reb. auct. iud. poſſ.* ratio habetur propinquorum poſt creditores in publica bonorum venditione, quae nullam habet cognationem cum loca-

(d) *l.* 63. *pr. D. pro ſocio.* (e) *Orat. pro Quinctio, Cap. VI.*

Digitized by Google

locatione; ideo vero motus aequitate Praetor, vt propinquis ius prae extraneis concederet, vt alienata praedia in eadem familia conſeruentur et retineantur. A quo metu cum vacui eſſe poſſint propinqui in locatione, nihil etiam adiumenti ipſis feret lex illa ad nouum ius προτιμήσεως gignendum. Neque huc quadrat, quod praeterea obiicit STRYKIVS, iura vetare, ne cui inuito alius obtrudatur ſocius, et ita diſcordiis anſa detur. Ecquis vnquam dixerit, locationem verum ſocium efficere eum, qui a ſocio conduxit? Alia longeque diuerſa ratio habetur conductoris, qui colonus partiarius dicitur a GAIO.(f) Namque res, quae fructus ex ſe producunt, etiam pro parte fructuum recte locantur, (g) vnde LIVIVS (h) locare frumento ait, ſed tunc hoc negotium magis accedit ad ſocietatem (i) et conductor ſocietatis iure damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Licebit igitur ab initio contradicere, vel agere iudicio communi diuidundo, quia nemo cogitur inuitus manere in ſocietate. Quae vero de ſociis vicino potioribus, et de fiſco partem ſuam ſocio offerente, dicuntur, plane aliena ab hoc loco ſunt, et locationi accommodari nequeunt.

## XXV

Quodſi pugnandum auctoritatibus eſſet, nobiſcum conſpirant PEREZIVS (k), RICHTERVS (l), CARP

ZOVI

(f) *in l. 25. §. 6. D. locat. et ad eum* LAVTERBACHII *diſſert.*
(g) *l. 35. §. 1. D. et l. 21. C. loc. cond.* (h) *l. XXVII. C. III.*
(i) *l. 25. et l. 52. ſ. 1. D. pro ſocio.* PLINIVS *l. IX. ep. XXVII.*
(k) *ad C. de pact. inter emt. et vend. n. 27.* (l) *P. II. Dec. LXXVI. num. 184.*

Digitized by Google

ZOVIVS (m), BERGER. (n) et alii. Eorum autem, qui vſurpant PAVLLINVM illud, quod tibi non nocet, et mihi prodeſt, id a te eſt permittendum, honeſta quidem oratio eſt, ſed magnas habet cautiones. Etenim naturae lege docemur, alterum ab altero cogi tantum ad ea officia poſſe, quae neceſſitas exigit: ea vero, quae commoditas et vtilitas deſiderant, violentiam, ne remedia duriora ſint fine, reſpuere. Legislator tamen eiusmodi officia, in neceſſaria, et ius imperfectum, in perfectum conuertere poteſt, concedens remedia coactiua, i. e. actionem, qua petere poſſumus ea, quae alter inhumane recuſat, (o) vnde enatae ſunt actiones noxales, ad exhibendum et aliae. Quodſi nulla data eſt lege actio, noſtra interpretatio ius imperfectum, reddere perfectum, non poteſt, niſi aequitas illud ſuggerat, vt PAVLLVS docet (p). Sed hoc in loco, nec aequitas nobis aliquid ſuadet, niſi tunc, cum damnum auertere cupimus ſine damno alterius, vbi alter ſine ſuo damno aliquid pati tenetur. Dices: PAVLLVM non loqui de eo, quod nobis damnum minitatur, ſed quod prodeſſe poteſt. Videlicet, vox iſta prodeſſe, non tantum ſumitur pro mera commoditate, ſed ſimul damnum aliquod ſignificat, quod iſtam commoditatem nacti euitamus. Ita PLINIVS (q) hoc verbum accipit, PAVLLVM vero hoc loco ita illud adhibuiſſe, patet ex adiecto exemplo de ag-



(m) *P. II. C. XXXI. D. VIII.* (n) *Oecon. Iur. L. III. T. V. §. XII. not. 3.* (o) THOMAS. *Iurisprud. diuin. l. II. C. VI.* (p) *l. 2. §. 5. D. de aqua et aqu. pluu. arc.* (q) *Hiſt. Natur. lib*

gere reſtituendo ad aquam pluuiam agris cohibendam. Itaque ſi ſolum commodum agitur meum, et alterius damnum, quanquam leuiuſculum concurrat, applicari non poteſt PAVLLINA iſta regula. Non oportet enim, vt idem PAVLLVS [r] hac de re monet, ius ciuile calumniari, neque verba captari, ſed qua mente quid dicatur, animaduertere conuenit. Quae cum ita ſint, intellectu eſt facillimum, praeceptum PAVLLI in noſtram quaeſtionem minime cadere. Namque non ſolum ſine ſuo damno abſtinere iure προτιμήσεως in locatione ſocius poteſt, ſed quod caput eſt, ſi non abſtinet, nociturus eſt alteri, a quo illud petit. Arctiores enim in fines redigere conatur ius alterius, ſecum eum contrahere cogens, et obtrudens ipſi conductorem, a quo ſperare tantum emolumenti, quantum a delecto non poteſt: immo ſaepe plurima ipſi inſtant eaque grauiſſima incommoda. Quid enim ſi tam difficile et illiberale ſocii ingenium ſit, quod non niſi turbas ac rixas ciere ſolet, aliisque negotium faceſſere in deliciis habet? quod ſaepe numero fit ab iis, quibuſcum non tam voluntas, quam fortuna nos congregauit, i. e. in quos caſu incidimus, vt PAVLLVS [s] loquitur.

## XXVI

Socium denique domus communis communi fere ICtorum ſuffragio potiorem conductore extraneo STRYKIVS habet, de cuius aſſerti veritate valde dubito. Nam ne venditori quidem extraneo, niſi ipſe coheres ſit, eum praeponi

(r) *l. 19. D. ad exhib.* (s) *in l. 25. §. 16. D. famil. erciſc.*

poni volunt CARPZOVIVS [t] et MENCKEN. [v]. Sed demus, ita ſentire multos, ſine lege tamen loqui erubeſcendum eſt. Nec aequitate hic commouemur, quam adeſſe tamen ſtatuunt ii, qui ius προτιμήσεως in locatione concedunt. Quod enim ab vna parte aequm, illud ab altera parte iniquum foret, quum tamen vtriuſque aequale eſſe debeat ius in re communi. Et denique non exemplis, ſed legibus iudicandum [x]. Minima enim circumſtantia variat rem. Nec deſunt res iudicatae in contrarium, vti de Ampliſſimo huius Academiae ICtorum ordine teſtatur BERGER [y].

## XXVII

Pariter quoque non audiendum eſſe exiſtimo ſocium, quamuis easdem et meliores conditiones offerat, extraneo, cautionemque de mercede accurate ſoluenda praeſtet: in ſociorum enim voluntate eſt poſitum, an huius augmenti commodum acquirere velint, an minus. Sed quid? Si quis duplici iure munitus v. c. ſocius vna ac propinquus ſit, annon vinculi duplicatio efficiet, vt ſocius extraneo potior ſit in conductione? Certe in retractu gentilitio aiunt, cognatum qui ſimul vicinus eſt, aeque cognato praeferendum, quoniam duo vincula, vt HVBERVS ait [z] fortius adſtringunt, quam vnum. Quin etiam in *l.* 69

Google

quidem ius, quod antea adeſt, corroborare, nouum vero non inducere, quale ius eſſet προτιμήσεως ac retractus in locatione. Quamuis igitur ſocius ſocium, vt ſibi prae extraneo locet, cogere nequeat, adigere tamen non nunquam poteſt extraneum conductorem, vt rem conductam ſibi cedat. Fingamus, ſocios duos fundum ad certum tempus locaſſe Caio, ac ius προτιμήσεως prae futuris conductoribus eidem pacto conceſſiſſe, an is vi iuris προτιμήσεως ex pacto competentis praeferendus ſit ſocio, conducere cupienti, quaeritur? Repellendum veterem conductorem cenſet WEGEN [(a)], cui ego etiam eatenus aſſentio, vt pactum tale ſtricte eſſe interpretandum ac locum hic eſſe *l.* 3. *C. de loc.* ſtatuam. Ante omnia tamen videndum, an ſocii concordent in hoc negotio, nec ne? Quodſi enim alter ſociorum repugnat, ſocius conducere volens, deſiſtere a ſuo propoſito debet.

## XXVIII

Denique ex conſtitutione FRIDRICI I [(b)] nec non inſtitutis quorundam locorum datur ius congrui, quod a noſtratibus das Geſpielde Recht appellatur. Viget illud inprimis in Thuringia, et anſam dat quaerendi, annon ad locationem poſſit proferri? De conſtitutione FRIDRICI iam dixi, ac praeterea eaedem vicinis obſtant rationes, ob quas abeſſe a locatione retractum ſupra iam probare allaboraui. Praeſertim autem in Thuringia notum eſt, ius congrui in venditione tantum exerceri ab iis, quorum praedio

(a) *de locat. conduct. Cap. III.* 137. (b) *V. Feud. XIII.*

dio quondam fuit vnita illa pars, quae eſt vendita, (c) vt hic non tam vicinitas, quam vnitas conſideretur. Vnde liquet, in locatione, in qua deficit haec ratio, ius congrui locum non habere. Notandum tamen eſt, propter periculum incendii vſu fori tribui illud vicinitati in aedium conductione, vt vicinus extraneo conductori praferatur, prout RICHTER (d) monet. Sed iterum conſtat, non vicinitatis, ſed metuendi incendii rationem haberi, ſicut verba ſententiae apud RICHTERVM ſatis declarant: ob zwarn das nachbarrecht vor ſich zur naehergeltung nicht gnugſamb, dannoch dieweil die angedeutete Feuersbrunſt etc.

## XXIX

Quemadmodum autem locatio ius in re non tribuit conductori, ita nec ius προτιμήσεως, nec retractum. Statuto tamen Mindenſi intra tres menſes teſte BERGERO (e) extraneo emtori is, qui conductum fundum habuerat, praefertur. Sed, quod ad locationem attinet, diſcrimen Romanae leges faciunt inter praedia publica et priuatorum. Finito locationis tempore in priuatis praediis, locatoris in arbitrio eſt, vtrum eundem conductorem retinere, an dimiſſo priore alteri fundum elocare velit. Ea de re edictum exſtat ZENONIS (f), virgas, exilium et multam intentans contra facientibus. Aliter ſe res habet in publicorum

Digitized by Google

ad tempus ea locata ſunt. Qui enim perpetuo iure ea conduxere, quaſi domini vtiles efficiuntur, et non ſolum expelli non poſſunt, ſed etiam vendendi ius ſuum et transferendi (g) in alios pro lubitu poteſtatem nanciſcuntur. Ii contra, quibus ad tempus locatum, (h) ſi facta per alios augmenta ſuſcipiunt, nouis conductoribus praeferuntur. Atque is iure ciuili vnicus afferri videtur caſus, quo ius πρoτιμήσεως ex lege in locatione conceditur (i). Cauſſam huius beneficii perorauit Vir Summe Reuerendus IO. FLOR. RIVINVS, Academiae Lipſienſis Anteceſſor celeberrimus (k) ſtatuitque (l) compenſatum hoc ipſo alias publicanis impoſitum onus, quo finito conductionis tempore, ſcilicet quinquennio, ſiue luſtro, (m) et poſtea Conſtantini temporibus triennio, (n) pro priore penſione conducere cogebantur, quando maximos fructus ex conductione conſecuti (o) eſſent. Extendunt hoc priuilegium nonnulli ad praefectos noſtros (p) et conductores bonorum ciuitatis et curiae (q). Sed merito in contrarias partes abit Excellentiſſimus RIVINVS (r) ius ſingulare vrgens, et diuerſam bonorum

(g) *l. 2. et 5. C. de loc. praed. ciu.* (h) *l. 4. C. et l 5. §. fin. D. de loc. praed. ciu.* (i) WERNHER. *P. X. O. 330. ſeqq.* (k) *In Diſſert. An et quatenus in locatione fundorum publicorum veteres poſſeſſores praeferendi ſint?* (l) *§. VII. laud. diſſ.* (m) *l 3. §. 6. de Iur. fiſci.* (n) *l. 4. C. de vectig.* BVRMANN. *de Vectigal. pop. Rom. C. VIII. et IX. p. 105. et 138.* (o) *l. 11. §. 5. D. de publ. et vectig.* WERNHER *P. IV. Obſ. LXXV.* (p) STRYK. *Vſ. Mod. de loc. LXXV.* (q) BERGER. *Elect. D. F. XL. Obſ. V. n. 1.* (r) *§. XIII. dict. diſſ.*

Digitized by Google

norum publicorum naturam a bonis ciuitatis, quae priuatorum loco habentur [s]. Sic quoque conductoribus eccleſiaſticorum bonorum, quia leges de iis ſilent [t], plane non proderit illud priuilegium, quanquam in rubrica *tit. C. de loc. praed. ciu.* vox occurrat templorum, quoniam illa ſignificat delubra et aedes, profanis imbutas religionibus, quae abdicatis, quibus ſacratae fuerant, Diis, in fiſcum Chriſtianorum Principum inferebantur [v]. Praeterea huius legis vix eſſe vſum noſtris in foris, tum ob alias rationes, tum ob iniquitatem et detrimentum, quod inde res publica capere poſſet, merito ſtatuitur.

## XXX

Tandem creditorum habendam eſſe rationem prae extraneo emtore bonorum debitoris *l. 16. D. de reb. auct. iud. poſſ.* iubet, et iure Saxonico debitori olim intra annum, hodie ſecundum *O. P. S. R.* [x] intra ſex menſes datur facultas bona immobilia ſub haſta vendita oblato eodem pretio reuocandi, quando, aut vnus ſaltem licitator exſtiterit, aut iudex eodem deficiente creditoribus fundum in ſolutum dederit. Et denique in foro obtinet, vt cum immiſſus in bona debitoris creditor eſſet, illa conductori certa mercede locari ſoleant, quo aes alienum annua penſione minuatur,

Google

donec vendendi commoditatem creditor nanciſcatur. Oritur ergo quaeſtio, an debitor, cuius bona locanda ſunt, extraneo conductori praeferendus ſit? Ita videtur BRVNNEMANNO [y] ac ſane aequitatis ſpeciem habet, vt dominus in re ſua extraneo praeferatur. At notum eſt, immiſſione tribui creditori poſſeſſionem, et facultatem fructus percipiendi adiecta lege de reddendis quotannis rationibus [z]. In *Ordinat. autem Proc. Sax. Reu.* [a] diſertis verbis optio conceditur creditori, vtrum ipſe adminiſtrare, an ſequeſtrum magiſtratus auctoritate conſtitui velit, ad quod ad euitandas adminiſtrationis difficultates et ob reddendas rationes conſultius [b]. Iam vero, cui adminiſtrandi facultas datur, ei locandi etiam poteſtatem dari manifeſtum eſt. Qui enim locat, ſine dubio in effectu per alium adminiſtrat. Quodſi vero penes debitorem eſt, vt conductori creditoris ſe praeferat, turbabit ius liberae adminiſtrationis, quod ex immiſſione creditori competit. Ceterum quae obiici idcirco ab aduerſariis ſolent, ea facillimo negotio ex ſuperioribus refelli poſſunt, immo a CARPZOVIO [c] accurate ſatis ſunt exploſa.

(y) *ad l. 32. C. de loc.* (z) *Ord. Proc. Sax. tit. XXXIX. §. IX.* (a) *ad eund. tit. §. IV.* (b) Vid. B. RIVINI *Enunc. ad Tit. XXXIX. O. P. S. En. XXIII.* (c) *lib. I. Reſp. XIX.*

A01 1473948

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google